

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF220103-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Urteil vom 13. Juni 2023

in Sachen

A. _____ GmbH,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

1. **B. _____,**

2. **C. _____,**

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 15. November 2022 (ES220008)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt D. _____ sei anzuweisen, zulasten des Grundstücks der Gesuchsgegner, Kat. Nr. 1, GBBl. 2, Plan 3, E. _____-Strasse 4, F. _____, ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin für die Pfandsumme von CHF 110'000.00 nebst Zins zu 5 % seit dem 6. März 2022 vorläufig als Vormerkung einzutragen.
2. Die Anweisung sei superprovisorisch zu verfügen und dem Grundbuchamt unverzüglich zur vorläufigen Eintragung im Grundbuch mitzuteilen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MWST) zulasten der Gesuchsgegner."

**Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Dietikon:**

(act. 18 = act. 24)

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Das Grundbuchamt D. _____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung vom 22. März 2022 zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten des Grundstücks der Gesuchsgegner vorläufig eingetragene *Bauhandwerkerpfandrecht* nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist oder nach Abschluss des obergerichtlichen Verfahrens, falls das Obergericht nichts anderes anordnet, vollumfänglich zu löschen, auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. 2, Plan 3, E. _____-Strasse 4, F. _____, für eine Pfandsumme von Fr. 110'000.00 nebst Zins zu 5 % seit 6. März 2022.
3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 6'400.– festgesetzt. Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
4. Die Entscheidgebühr wird der Gesuchstellerin auferlegt und teilweise mit dem von ihr geleistetem Kostenvorschuss verrechnet.

5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, den Gesuchsgegnern eine Parteient-schädigung von Fr. 6'200.– (inkl. 7.7% MwSt.) zu bezahlen.

6./7. Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung.

Berufungsanträge:

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (act. 25 S. 2 f.):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 15. November 2022, Geschäfts-Nr. ES220008, sei aufzuheben und wie folgt neu zu fassen:
 - «1. In Gutheissung des Gesuchs der Klägerin vom 18. März 2022 wird das mit Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon vom 22. März 2022 super-provisorisch eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht im Grundbuch vorläufig auf der Liegenschaft Kat.-Nr. 1, GBBI. 2, Plan 3, an der E._____-Strasse 4 in F._____, eingetragen für eine Pfandsumme von CHF 110'000.– nebst Zins zu 5% seit dem 6. März 2022.
 2. Die Entscheidgebühr wird auf CHF 6'400.– festgesetzt und den Ge-suchsgegnern/Berufungsgegnern unter solidarischer Haftung auferlegt und teilweise mit dem von der Gesuchstellerin/Berufungsklägerin ge-leisteten Kostenvorschuss verrechnet, in welchem Umfang der Ge-suchstellerin/Berufungsklägerin das Rückgriffsrecht auf die Gesuchs-gegner/ Berufungsbeklagten eingeräumt wird.
 3. Die Gesuchsgegner/Berufungsbeklagte werden unter solidarischer Haf-tung verpflichtet, der Gesuchstellerin/Berufungsklägerin eine Parteient-schädigung von CHF 6'200.– zu bezahlen.
 4. Der Gesuchstellerin/Berufungsklägerin wird eine Frist von 60 Tagen angesetzt, um eine Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwer-kerpfandrechts einzureichen.
 5. (Mitteilungssatz)
 6. (Rechtsmittelbelehrung)»
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgeg-ner/Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

I.

1.1 Unbestritten und aktenkundig ist, dass die Gesuchsgegner und Beru-fungsbeklagten (fortan Berufungsbeklagte) zu je ½ Miteigentümer der Liegen-

schaft Kat. Nr. 1, Plan 3, an der E. _____-Strasse 4 in F. _____ sind (vgl. act. 3/4). Das Einfamilienhaus wurde ihnen von den beiden Gesellschaftern der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin mit Kaufvertrag vom 13. Juli 2021 verkauft (act. 3/5-7). Gleichentags schlossen die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin des vorliegenden Verfahrens (fortan Berufungsklägerin) und die Berufungsbeklagten einen Werkvertrag für die Fertigstellung des Umbaus der erwähnten Liegenschaft bis 1. Dezember 2021 ab. Vereinbart wurde ein Werklohn in Höhe von Fr. 280'000.–, zahlbar in zwei Raten. Die erste Rate von Fr. 170'000.– war bei Auftragserteilung fällig und wurde beglichen. Der Restbetrag von Fr. 110'000.– war bei Anzeige der Abnahmebereitschaft durch die Berufungsklägerin geschuldet (act. 3/2-3; act. 1 S. 5 f.). Der Werkvertrag wurde von den Berufungsbeklagten vorzeitig aufgelöst (act. 3/11).

1.2 Mit Eingabe vom 18. März 2022 stellte die Berufungsklägerin beim Bezirksgericht Dietikon das einleitend wiedergegebene Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für die Pfandsumme von CHF 110'000.– zzgl. Zins (act. 1). Mit Verfügung vom 22. März 2022 liess die Vorinstanz das Bauhandwerkerpfandrecht antragsgemäss ohne Anhörung der Gegenseite vorläufig im Grundbuch eintragen (act. 4). Nach mündlicher Verhandlung vom 17. Juni 2022 (Prot. VI S. 5 ff.) entschied sie mit Urteil vom 15. November 2022 im vorstehend wiedergegebenen Sinne (act. 25).

2. Gegen dieses Urteil erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 28. November 2022 (act. 25) innert Frist (vgl. Art. 142 Abs. 1 und 3 ZPO) Berufung bei der hiesigen Instanz mit den vorstehend wiedergegebenen Anträgen (zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 19/1). Der der Berufungsklägerin mit Verfügung der Kammer vom 29. November 2022 auferlegte Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 4'575.– wurde fristgerecht geleistet (act. 29 f. und act. 32).

3. Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1 - 22). Von der Einholung einer Berufungsantwort wurde abgesehen. Den Berufungsbeklagten ist mit dem vorliegenden Entscheid ein Doppel von act. 25 zuzustellen. Die Sache ist spruchreif.

II.

1. Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, es sei unbestritten, dass die Parteien am 13. Juli 2021 einen Werkvertrag abgeschlossen hätten, welcher die Berufungsklägerin zu verschiedenen Fertigstellungsarbeiten gemäss Baubeschrieb am Haus der Berufungsbeklagten mit Fertigstellung bis zum 1. Dezember 2021 verpflichtet habe. Weiter unbestritten sei, dass die Berufungsbeklagten mit Schreiben vom 25. November 2021 diesen Werkvertrag per sofort aus wichtigen Gründen gekündigt, eventualiter einen Rücktritt vom Werkvertrag gemäss Art. 366 Abs. 1 OR und subeventualiter einen Rücktritt gemäss Art. 377 OR geltend gemacht hätten. Die Qualifizierung des Vertragsrücktritts könne offen bleiben, da alle Formen der vorliegend in Frage kommenden Vertragsrücktritte eine Vertragsauflösung ex nunc zur Folge hätten, die Arbeiten somit nicht mehr geschuldet seien und deshalb nur für bereits erbrachte Bauleistungen der Berufungsklägerin ein Pfandrecht bestehe (act. 24 S. 3-5, 7). Für den Rechtsgrund und Umfang der pfandberechtigten Forderung trage die Berufungsklägerin die Beweislast. Sie mache geltend, mit der Kündigung sei der restliche Werklohn in Höhe von Fr. 110'000.– fällig. Ihr Gesuch habe sie auf den Werkvertrag vom 13. Juli 2021 gestützt, den dazugehörigen Baubeschrieb, ein Dokument betreffend die Aufteilung und Qualifikation der Arbeiten gemäss Baubeschrieb und diverse Rechnungen und Quittungen betreffend Materialeinkäufe. Zwecks Beleg der Einhaltung der viermonatigen Eintragungsfrist des Bauhandwerkerpfandrechts sei ein nicht unterzeichneter Arbeitsrapport vom 26. November 2021 eingereicht worden. Dokumente, aus welchen ersichtlich wäre, welche Leistungen tatsächlich am Haus der Berufungsbeklagten erbracht worden seien, seien nicht eingereicht worden. Auch habe es die Berufungsklägerin unterlassen, substantiiert darzulegen, wie sich die beantragte Pfandsumme in Höhe von Fr. 110'000.– basierend auf den tatsächlich geleisteten Arbeiten und den Materiallieferungen bis zur vorzeitigen Vertragsauflösung zusammensetzte. Es sei ihr nicht gelungen, den geltend gemachten Anspruch glaubhaft zu machen. Komme hinzu, dass die Berufungsbeklagten substantiiert bestritten hätte, dass die Berufungsklägerin Arbeiten geleistet habe, welche nicht durch die bereits erfolgte Zahlung von Fr. 170'000.– abgegolten seien. Dies unter anderem mithilfe des Zustandsberichts der Firma

G._____ AG vom 14. Dezember 2021, worin umfassend aufgeführt worden sei, welche Arbeiten durch die Berufungsklägerin noch ausstehend seien, sowie mithilfe diverser Bilder der Baustelle. Die Berufungsbeklagten hätten dazu ergänzend ausgeführt, dass gemäss Zustandsbericht Arbeiten der Berufungsklägerin im Umfang von Fr. 206'514.75 offen stünden und sie somit bei einem gemäss Werkvertrag vereinbarten Werklohn von total Fr. 280'000.– lediglich Arbeiten im Umfang von Fr. 73'485.25 erbracht habe, welche durch die bereits erfolgte Zahlung von Fr. 170'000.– abgegolten seien. Das Gesuch der Berufungsklägerin um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts wurde folglich abgewiesen (act. 24 S. 5-7).

2.1 Die Berufungsklägerin erhebt zunächst mehrere Rügen im Zusammenhang mit der vorinstanzlichen Verhandlungsleitung und macht geltend, die Vorinstanz habe den Anspruch auf ein faires Verfahren sowie den Anspruch auf Wahrung des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 29 BV und Art. 6 EMRK, insbesondere das Gebot der Waffengleichheit, sowie die Eventualmaxime gemäss Art. 229 ZPO verletzt. Einerseits, weil die Aussagen des Vorderrichters zum Aktenschluss falsch bzw. irreführend gewesen seien, da sie nicht mit den Erwägungen im Urteil korrelierten. Andererseits, weil sie, die Berufungsklägerin, zu den anlässlich der mündlichen Verhandlung von der Gegenseite eingereichten und ihr grossmehrheitlich unbekanntem Unterlagen ohne hinreichende Vorbereitungszeit ad hoc habe Stellung nehmen müssen (act. 25 S. 4 ff.).

2.2 Konkret liess die Berufungsklägerin vorbringen, das vorinstanzliche Protokoll halte zwar fest, dass ein zweiter "Parteivortrag" stattgefunden habe, die Vorinstanz sei gemäss Protokollnotiz jedoch offensichtlich davon ausgegangen, dass die Novenschranke vor dem zweiten Parteivortrag gefallen sei. So sei das Gesuch der Berufungsklägerin um Vertagung der Verhandlung nach dem Plädoyer der Berufungsbeklagten, welche ein Parteigutachten der G._____ AG zu angeblich noch offenen Werkarbeiten und deren Kostenfolge eingereicht habe, vom Vorderrichter abgelehnt worden, mit dem Hinweis, die von der Gegenpartei vorgebrachten Tatsachen seien beiden Parteien bekannt gewesen, es handle sich deshalb nicht um echte Noven und sie, die Berufungsklägerin, hätte die rechtser-

heblichen Tatsachen daher mit zumutbarer Sorgfalt vor der Novenschranke vorbringen können. Damit habe die Vorinstanz impliziert, dass die Novenschranke zu diesem Zeitpunkt gefallen sei, womit der Berufungsklägerin die Möglichkeit der Nachsubstantiierung ihrer Behauptungen in Bezug auf die von ihr geleisteten Arbeiten, sofern das überhaupt relevant sein sollte, verwehrt worden sei. Dies sei jedoch offensichtlich falsch gewesen, halte doch das angefochtene Urteil zum Prozessverlauf fest, dass ein zweiter Parteivortrag mit Replik und Duplik stattgefunden habe, mithin den Parteien ein zweiter freier Parteivortrag zugestanden wäre, in dessen Rahmen sämtliche Behauptungen hätten nachsubstantiiert werden können. Dies sei den Parteien aber nicht kommuniziert worden (act. 25 S. 4-7). Des Weiteren habe die Berufungsklägerin anlässlich der mündlichen Verhandlung zu den von der Gegenseite eingereichten und ihr grossmehrheitlich unbekanntem 37 Beilagen, darunter das umfassende Parteigutachten der G. _____ AG, worauf sich die Berufungsbeklagten hauptsächlich gestützt hätten, ad hoc Stellung nehmen müssen, ohne sich mit der gebotenen Zeit und Sorgfalt darauf vorbereitet haben zu können. Der Zustandsbericht der G. _____ AG sei der Berufungsklägerin bis zur Verhandlung nicht bekannt gewesen. Die gegenteilige Ansicht des Vorderrichters sei aktenwidrig und willkürlich. Es sei der Berufungsklägerin nicht möglich gewesen, den Inhalt des Berichts zu antizipieren oder ad hoc innert kürzester Zeit zu analysieren und neben all den anderen Beilagen im Detail zu bestreiten und zu kommentieren. Nachdem der angefochtene Entscheid offensichtlich auf diesen Zustandsbericht abstelle, hätte der Berufungsklägerin mehr Zeit eingeräumt werden müssen zur Analyse und Vorbereitung (act 25 S. 5-9).

3.1 Konzeptionell steht den Parteien im summarischen Verfahren je nur ein Parteivortrag zu. Der Unternehmer schöpft den seinigen mit dem Gesuch aus (Art. 252 Abs. 1 ZPO), der beklagte Grundeigentümer mit seiner je nachdem mündlichen oder schriftlichen Stellungnahme (Art. 253 und 265 Abs. 2 ZPO). In der Regel bleibt es – abgesehen vom auch hier geltenden unbedingtem Replikrecht – bei diesem einen Vortrag beider Parteien. Danach ist das Vorbringen von neuen Tatsachen und Beweismitteln nur noch unter den engen Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO zulässig. Der Aktenschluss tritt also grundsätzlich nach

einmaliger Äusserung der Parteien ein. Es ist jedoch auch im Summarverfahren nicht ausgeschlossen, dass – mit der gebotenen Zurückhaltung – ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet wird bzw. die Parteien zu einer mündlichen Verhandlung vorgeladen und dort zu einem zweiten Parteivortrag zugelassen werden, wenn sich dies nach den Umständen als erforderlich erweist. Jedoch besteht kein Anspruch der Parteien darauf, weshalb die gesuchstellende Partei nicht damit rechnen darf und schon im Gesuch ihr gesamtes Klagefundament aufzustellen hat (Stellung der Rechtsbegehren, substantiierte Behauptung der massgebenden Tatsachen, Beweismittelbenennung und soweit möglich Beweismittelvorlegung, vgl. Schumacher/Rey, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. A. 2022, N 1469 m.w.H.).

3.2 Nach erfolgter superprovisorischer Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts mit Verfügung vom 22. März 2022 (act. 4) wurde das Gesuch der Berufungsklägerin inkl. Beilagen gleichentags der Gegenpartei zugestellt und die Parteien informiert, dass sie mit separater Vorladung zur Verhandlung vorgeladen werden würden (act. 5). Dies ist mit Vorladung vom 22. April 2022 auf den 17. Juni 2022 erfolgt (act. 12). Der Protokollnotiz zu Beginn der Verhandlung lässt sich entnehmen, dass die Berufungsklägerin auf Nachfrage auf eine weitere Begründung ihres Gesuchs unter Vorbehalt des Novenrechts verzichtet hat (Prot. VI S. 5). Nach Erstattung der Stellungnahme zum Gesuch erklärte die Vorinstanz auf den Vorschlag der Berufungsklägerin, die Fortsetzung der Verhandlung zu verschieben, dass die von der Gegenpartei vorgebrachten Tatsachen beiden Parteien bekannt seien, weshalb es sich nicht um echte Noven handle und die rechtserheblichen Tatsachen von der Berufungsklägerin vor der Novenschranke hätten vorgebracht werden können (Prot. VI S. 7). Nach erfolgtem Verhandlungsabbruch monierte der Rechtsvertreter der Berufungsklägerin, es gäbe im summarischen Verfahren nur einen Parteivortrag, der von der gesuchstellenden Partei grundsätzlich schriftlich eingereicht werde, aber es sei nicht Zweck des summarischen Verfahrens, jede erdenkliche Bestreitung der Gegenseite zu antizipieren (Prot. VI S. 7). Die Berufungsbeklagten machte ihrerseits geltend, dass kein zweiter Schriftenwechsel oder Parteivortrag angeordnet worden sei und im Rahmen des sog. Replikrechts alle neuen Vorbringen der Berufungsklägerin unzulässige

Noven gewesen seien (Prot. VI S. 19). Offenkundig gingen beide rechtskundig vertretenen Parteien von einer grundsätzlich einmaligen unbeschränkten Äusserungsmöglichkeit mit Eintritt des Aktenschlusses aus. Dass kein formeller zweiter Schriftenwechsel bzw. keine zweite unbeschränkte Äusserungsmöglichkeit mit freiem Novenrecht angeordnet wurde, deckt sich mit den vorstehend – auch von der Berufungsklägerin – zitierten Aussagen des Vorderrichters (Prot. VI S. 7). Eine Nachsubstantiierung war somit ausgeschlossen. Die Vorinstanz hat den Grundsatz des unbedingten Replikrechts beachtet. Dass in der Prozessgeschichte des Urteils die jeweiligen Stellungnahmen als "Replik" und "Duplik" bezeichnet wurden, ändert am vorstehend Gesagten nichts. Die Berufung erweist sich in diesem Punkt somit als unbegründet.

3.3 Auch die weitere Rüge der Berufungsklägerin, sie habe im Rahmen der Verhandlung zu den Beilagen der Gegenseite ohne hinreichende Vorbereitungszeit Stellung nehmen müssen, was ihre Rechte auf ein faires Verfahren und den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt habe, geht ins Leere. Entgegen ihren Behauptungen ist aktenkundig, dass ihr insbesondere der von ihr mehrfach erwähnte und von den Berufungsbeklagten im Rahmen der Stellungnahme zum Gesuch eingereichte Zustandsbericht der G. _____ AG bekannt war, wie auch von der Berufungsbeklagten geltend gemacht wurde (act. 14 S. 10). Dieser Bericht wurde ihr von den Berufungsbeklagten mit Schreiben vom 11. Januar 2022 zugestellt unter gleichzeitiger Ansetzung einer Frist, um über ihre bis zur Vertragskündigung getätigten Aufwendungen detailliert abzurechnen. Die Berufungsklägerin wurde darüber orientiert, dass die von ihr getätigten Aufwendungen gemäss Zustandsbericht maximal Fr. 73'486.– betragen, weshalb sie zur Rückzahlung des zu viel bezahlten Betrages von Fr. 96'514.– (Fr. 170'000.– abzüglich Fr. 73'486.–) aufgefordert wurde (vgl. act. 16/23). Bezugnehmend auf dieses Schreiben ersuchte die Berufungsklägerin in der Folge mit nicht unterzeichnetem Brief vom 21. Januar 2022 um Fristerstreckung (act. 16/24), welche ihr seitens der Berufungsbeklagten mit Schreiben vom 26. Januar 2022 gewährt wurde (act. 16/25). Mit Schreiben vom 3. Februar 2022 wandte sich die damalige Rechtsvertreterin der Berufungsklägerin an die Berufungsbeklagten und schrieb unter Bezugnahme auf deren Schreiben vom 11. und 26. Januar 2022, sie werde zu einem späteren Zeitpunkt

dazu Stellung nehmen (act. 16/26). Nach Anzeige der Beendigung dieses Vertretungsverhältnisses (act. 16/27) setzten die Berufungsbeklagten der Berufungsklägerin mit Schreiben vom 25. Februar 2022 eine letzte Frist zur Einreichung der Abrechnung an (act. 16/28). Der Zustandsbericht der G._____ AG war der Berufungsklägerin somit weder unbekannt, noch erfolgte der von der Berufungsbeklagten in der Stellungnahme zum Gesuch erhobene Einwand, sämtliche bis zur Vertragskündigung ausgeführten Arbeiten seien bereits abgegolten, unerwartet. Dass die Berufungsklägerin sodann im Anschluss an den Verhandlungsunterbruch von einer Stunde und vierzig Minuten (Prot. VI S. 7) im Rahmen des unbedingten Replikrechts zur Stellungnahme aufgefordert wurde, gibt zu keinen Beanstandungen Anlass.

4. Die Berufungsklägerin wirft der Vorinstanz sodann eine eklatante Verletzung von Art. 837 ZGB vor (act. 25 S. 12) und liess in diesem Zusammenhang Folgendes vorbringen: Nach der gesetzlichen Konzeption dürfe der Unternehmer das Baupfandrecht ab Vertragsschluss und bis spätestens zum Ablauf der Viermonatsfrist in der Höhe der gesamten vertraglichen Vergütungssumme verlangen, ungeachtet der bereits erbrachten Leistungen. Daraus erhelle, dass die pfandberechtigte Forderung zwar von Bauarbeiten begründet werden müsse, dass aber zumindest für die vorläufige Eintragung entgegen der Vorinstanz nicht vorausgesetzt werden dürfe, dass geleistete Arbeiten zu behaupten und nachzuweisen seien und dadurch eine Pfandsumme nur in der Höhe des Gegenwertes der bereits geleisteten Arbeiten eingetragen werden dürfe. Insbesondere, wenn wie vorliegend ein Pauschalpreis vereinbart worden sei, sähe sich der Unternehmer innert der Verwirkungsfrist auch noch gezwungen, die geleisteten Arbeiten im Verhältnis auf die Pauschale aufzuteilen und umzulegen. Das sei nicht Sinn des Summarverfahrens (act. 25 S. 13 f.). Im Falle des Erlöschens der Leistungspflicht des Unternehmers dürfe der Grundeigentümer, sollte die Pfandsumme auf den gesamten vertraglich vereinbarten Werklohn eingetragen sein, die eingetragene Pfandsumme im Umfang dieser nicht mehr geschuldeten Leistung herabsetzen lassen. Mache der Bauherr also die rechtsvernichtende Tatsache der nicht mehr geschuldeten und damit nicht pfandberechtigten Arbeiten geltend, so treffe ihn

nach Art. 8 ZGB die Beweislast. Mithin hätten die Berufungsbeklagten nicht nur angeblich nicht mehr geschuldete bzw. nicht geleistete Arbeiten substantiiert zu behaupten, sondern auch mittels Urkunden objektivieren müssen. An die Glaubhaftmachung dieser anspruchsvernichtenden Behauptung müsse ein ungemein höherer Massstab angesetzt werden, denn das Gericht müsste geradezu zum Schluss kommen, dass der Anspruch des Bauhandwerkers auf Sicherung seiner Forderung ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich sei. Die Vorinstanz habe offenbar die Behauptungen der Berufungsbeklagten als zutreffend erachtet und dem Entscheid zugrunde gelegt, ohne dass sich dem Entscheid auch nur eine ansatzweise Würdigung des Zustandsberichts der Firma G._____ AG entnehmen liesse. Demgegenüber habe die Berufungsklägerin in ihrem zweiten Parteivortrag dieses Parteigutachten formell wie auch inhaltlich bestritten, weshalb nicht ohne Weiteres von dessen Richtigkeit habe ausgegangen werden dürfen. Der Beweiswert des Zustandsberichts als reines Parteigutachten könne nicht höher sein als jener einer blossen Parteibehauptung. Die blossen Parteibehauptung bzw. eine von einer Partei oder auf ihre Anweisung hin gefertigte Tabelle, wonach sie, die Berufungsklägerin, lediglich Arbeiten im Umfang von Fr. 73'485.25 erbracht habe, habe ihre zunächst glaubhafte Forderung jedenfalls nicht geradezu auszuschliessen vermocht (act. 25 S. 14 f.). Auch lasse sich dem Parteigutachten nicht entnehmen, von welchen Prämissen der Gutachter in Bezug auf die vertraglich vereinbarten Leistungen ausgegangen sei, weshalb nicht glaubhaft sei, dass Arbeiten im Umfang von Fr. 206'514.75 offen stünden. Die Vorinstanz habe nicht geprüft, geschweige denn festgestellt, dass die Berufungsbeklagten glaubhaft gemacht hätten, welche Arbeiten in welchem Umfang noch nicht erbracht worden seien. Das blossen, von der Vorinstanz unter Hinweis auf das Parteigutachten festgehaltene substantiierte Bestreiten pfandberechtigter Arbeiten genüge nicht, um die einmal als glaubhaft erachtete Forderung mit der Folge des superprovisorischen Pfandeintrags nach Durchführung des summarischen Verfahrens als geradezu ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheinen zu lassen (act. 25 S. 15-17).

5.1 Die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB; Art. 76 Abs. 3 GBV) untersteht dem summarischen Verfahren gemäss Art. 252 ff. ZPO (Art. 249 lit. d Ziff. 5 und Ziff. 11 ZPO), weshalb die Voraussetzungen des Anspruchs auf Eintragung nur (aber immerhin) glaubhaft zu machen sind (Art. 261 Abs. 1 ZPO, Art. 961 Abs. 3 ZGB). Den Unternehmer, der einen Pfandanspruch behauptet, trifft die Beweislast (Art. 8 ZGB) für das Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB, namentlich für das Verrichten pfandberechtigter Arbeiten an einem bestimmten Grundstück sowie für den Bestand *und die Höhe* einer pfandberechtigten Vergütungsforderung.

5.2.1 Rechtsgrund der von der Berufungsklägerin geltend gemachten pfandberechtigten Forderung ist der GU-Vertrag vom 13. Juli 2021 zzgl. Baubeschrieb, welcher von den Berufungsbeklagten unbestritten vorzeitig aufgelöst wurde. Zutreffend ist, dass das Baupfandrecht schon ab Vertragsschluss in der Höhe der gesamten vertraglichen Vergütungssumme in das Grundbuch eingetragen werden kann (Art. 839 Abs. 1 und 2 ZGB), ungeachtet dessen, ob der Unternehmer bereits mit den Arbeiten begonnen hat oder nicht, also u.U. noch bevor ihm eine Vergütungsforderung entstanden ist. Was den ausstehenden Teil der Arbeiten betrifft, so berechtigt der korrespondierende Vergütungsanteil jedoch nur so lange zur Pfandeintragung, als die ausstehenden Arbeiten zum Zeitpunkt der Grundbucheintragung noch geschuldet sind. Erlischt die Leistungspflicht des Unternehmers davor, z.B. wegen vorzeitiger Vertragskündigung, sind die Arbeiten nicht mehr geschuldet, werden definitiv nicht mehr geleistet und berechtigen nicht mehr zum Pfandeintrag. Dies hat zur Folge, dass der Unternehmer den Vergütungsanspruch nur für die bereits ausgeführten bzw. bis zur Vertragskündigung geschuldeten Arbeiten behält, während ihm für die entfallenden bzw. nicht mehr geschuldeten Arbeiten kein Vergütungsanspruch mehr entsteht. Für den Vergütungsrest, der ihm dadurch entgeht, hat der Unternehmer somit keinen Pfandeintragungsanspruch, auch dann nicht, wenn dieser durch einen Schadenersatzanspruch substituiert wird (vgl. Schumacher/Rey, a.a.O., N 394 ff., 427, 515 f.).

Wie bereits die Vorinstanz zutreffend erwog (act. 24 S. 5), muss die gesuchstellende Partei in ihrem Gesuch mit substantiierten Behauptungen ihren Anspruch auf ein Baupfandrecht begründen, weshalb mit der Beweislast die Behauptungs- und Substantiierungslast einhergeht. Dieser ist nur dann Genüge getan, wenn die gesuchstellende Partei in ihrem Tatsachenvortrag sämtliche in Bezug auf die Eintragungsvoraussetzungen relevanten Tatsachen darlegt, für die sie die Beweislast trägt, so insbesondere auch die Höhe der geltend gemachten pfandberechtigten Vergütungsforderung. Das Gericht darf sein Urteil nur auf die von den Parteien behaupteten Tatsachen abstützen und den Sachverhalt nicht von sich aus ergänzen (vgl. Glasl, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 55 N 7; BK ZPO-Hurni, Art. 55 N 9). Nur und erst wenn eine genügende Behauptung bzw. Substantiierung erfolgt ist, ist in einem nachfolgenden Schritt – bei der gerichtlichen Würdigung der behaupteten Tatsachen und der dazu offerierten Beweismittel – die Position der gesuchstellenden Partei durch das herabgesetzte Beweismass erleichtert (vgl. BGer 5A_822/2022 vom 14. März 2023 E. 4.3 - 4.5 m.w.H.).

5.2.2 Die von der Berufungsklägerin erwähnte Beweislast des Grundeigentümers für rechtsvernichtende Tatsachen kommt nur dann zum Tragen, wenn das Baupfandrecht bereits vor der vorzeitigen Vertragsbeendigung für die gesamte vertragliche Vergütungssumme eingetragen wurde, was vorliegend nicht der Fall ist. Diesfalls kann der Grundeigentümer eine Berichtigung des Grundbuchs bzw. die Herabsetzung der im Grundbuch bereits eingetragenen Pfandsumme verlangen (vgl. Schumacher/Rey, a.a.O., N 396, 522, 1051). Dies verkennt die Berufungsklägerin, wenn sie geltend macht, die Berufungsbeklagten treffe im vorliegenden Fall die Beweislast für offene werkvertragliche Arbeiten im Zeitpunkt der vorzeitigen Vertragsauflösung (vgl. nachstehend Ziff. II.5.3).

5.3 Die Berufungsklägerin stellte ihr Gesuch nach erfolgter vorzeitiger Auflösung des Werkvertrags vom 25. bzw. 26. November 2021, ab welchem Zeitpunkt keine Arbeiten im Sinne von Art. 837 ZGB mehr geschuldet waren und unbestritten auch nicht erbracht wurden, weshalb für diese auch kein Pfandanspruch mehr bestand. Dass im Zeitpunkt der vorzeitigen Vertragsauflösung sämtliche vertraglich vereinbarten Leistungen bereits erbracht worden waren, behauptete

selbst die Berufungsklägerin in ihrem Gesuch nicht (act. 1 S. 4 f.). Sie machte geltend, dass die wenigen ausstehenden Arbeiten gemäss Werkvertrag in der verbleibenden Zeit bis zum vereinbarten Zeitpunkt am 1. Dezember 2021 hätten fertiggestellt werden können (act. 1 S. 4), ohne sich auch nur ansatzweise zur Vergütungshöhe der noch pauschal erwähnten offenen Arbeiten zu äussern. Die von ihr geltend gemachte Pfandsomme von Fr. 110'000.– bezieht sich jedoch auf den gesamten noch unbezahlten Werklohn (vgl. vorstehend Ziff. I.1.1). Auch wenn die Hürden für eine vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts tief sind, entband weder die Natur des Summarverfahrens noch die (herabgesetzten) Anforderungen an die Glaubhaftmachung im Sinne von Art. 961 Abs. 3 ZGB die Berufungsklägerin davon, im Rahmen ihrer Behauptungslast den Umfang ihrer Forderung, auf die sie den Pfandanspruch stützt, basierend auf den bis zur Vertragsauflösung geleisteten Arbeiten und Materiallieferungen substantiiert darzutun; daran ändert auch der Umstand, dass der Werklohn als Pauschale festgesetzt wurde, nichts (act. 3/2 S. 2). Diese Substantiierung ist nicht erfolgt und wird in der Berufungsschrift auch nicht behauptet. Das Einreichen des GU-Vertrags inkl. Baubeschrieb mit der Behauptung, es seien bis zur vorzeitigen Vertragskündigung fast sämtliche bzw. der weitaus grösste Teil der vertraglich vereinbarten Leistungen erbracht worden (vgl. act. 1 S. 5), genügte nicht, um einen Pfandanspruch in der vollen Höhe der restlichen noch offenen vertraglichen Vergütungssumme in Höhe von Fr. 110'000.– rechtsgenügend zu behaupten. Auch wurde der Gegenwert der nur pauschal erwähnten offenen Arbeiten ("Boden Ölen, letzte Schreiner-, Maler- und Gartenarbeiten sowie allgemeine Montagearbeiten") nicht ansatzweise darlegt. Das Gericht darf, wie bereits dargelegt, sein Urteil nur auf die von den Parteien behaupteten Tatsachen abstützen. Entsprechende Ausführungen der Berufungsklägerin hätten sich auch im Hinblick auf die mehrfache vorprozessuale Aufforderung durch die Berufungsbeklagten, ihre bis zur Vertragskündigung getätigten Aufwendungen abzurechnen, sowie in Kenntnis des Zustandsberichts der G._____ AG und des darauf gestützten Standpunktes und zu erwartenden Einwandes der Berufungsbeklagten, dass die bis zur Vertragsauflösung ausgeführten Arbeiten mit der bereits erfolgten Zahlung abgedeckt seien und somit keine offenen Forderungen mehr beständen, aufgedrängt.

Der Vorinstanz ist im Ergebnis beizupflichten, dass die Berufungsklägerin mit ihrem Gesuch der Behauptungs- und Substantiierungslast für den ihr nach der vorzeitigen Vertragsauflösung zustehenden Pfandeintragungsanspruch im geltend gemachten Umfang nicht hinreichend nachgekommen ist.

5.4 Dennoch besteht die Berufungsklägerin darauf, ihre Forderung über Fr. 110'000.– glaubhaft gemacht zu haben und stützt sich dabei auf den erfolgten superprovisorischen Eintrag ihres geltend gemachten Pfandanspruchs. Das hilft der Berufungsklägerin jedoch nicht weiter. Einerseits drohte nach ihrer eigenen Darstellung der Ablauf der Viermonatsfrist (vgl. act. 1 S. 1 und 4) und andererseits ist das Beweismass im Superprovisorium letztlich noch tiefer als im Provisorium, obschon beide Verfahrensabschnitte grundsätzlich mit demselben Beweismass der herabgesetzten Glaubhaftmachung operieren (vgl. Schuhmacher/Rey, a.a.O., N 1538 ff.). Die Löschung des superprovisorischen Eintrags nach Anhörung der Gegenpartei, wie im vorliegenden Fall erfolgt, ist durchaus möglich (Schuhmacher/Rey, N 1540 und N 1536).

5.5 Die Berufung erweist sich somit auch in diesem Punkt als unbegründet und ist abzuweisen.

6. Eine Verletzung der Begründungspflicht, wie von der Berufungsklägerin geltend gemacht (act. 25 S. 9 f.), ist nicht auszumachen, ergibt sich doch aus dem angefochtenen Entscheid klar, dass das Gesuch mangels substantiiertes Darlegung, wonach bis zur vorzeitigen Vertragsauflösung pfandberechtigte Arbeiten im Umfang der gesamten vertraglichen Restforderung von Fr. 110'000.– gleistet wurden, abgewiesen wurde.

7. Vor dem Hintergrund des Gesagten hat die Vorinstanz das Gesuch der Berufungsklägerin um vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts in Höhe von Fr. 110'000.– zu Recht abgewiesen. Die Berufung der Berufungsklägerin ist abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen.

8.1 Im angefochtenen Urteil wies die Vorinstanz das Grundbuchamt D._____ an, das superprovisorisch eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach

unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist oder nach Abschluss des obergerichtlichen Verfahrens vollumfänglich zu löschen, falls das Obergericht nichts anderes anordnet (act. 24 Dispositiv-Ziff. 2). Der Entscheid wurde dem Grundbuchamt noch nicht mitgeteilt (vgl. act. 24 Dispositiv-Ziff. 6).

8.2 Da die Beschwerde abzuweisen ist, bleibt es im Ergebnis bei der angeordneten Löschung. Weil einer allfälligen Beschwerde an das Bundesgericht gegen den vorliegenden Entscheid keine aufschiebende Wirkung zukommt (vgl. Art. 103 Abs. 1 BGG) und die Löschung des vorläufig eingetragenen Pfandrechts im Grundbuch hinsichtlich der Eintragsfrist irreversible Folgen hätte, ist der vorliegende Entscheid dem Grundbuchamt erst mitzuteilen, wenn bei der Kammer innert 10 Tagen nach Ablauf der Beschwerdefrist an das Bundesgericht kein Entscheid des Bundesgerichts eingegangen ist, mit dem das Bundesgericht einer allfälligen Beschwerde gegen diesen Entscheid aufschiebende Wirkung erteilt. Das Grundbuchamt hat die Löschung erst aufgrund einer entsprechenden Mitteilung durch die Kammer vorzunehmen. Bis dahin bleibt die provisorisch vorgenommene vorläufige Eintragung aufrechterhalten.

III.

Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 110'000.– ist die zweitinstanzliche Entscheidgebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 4'575.– festzusetzen. Sie ist dem Ausgang des Rechtsmittelverfahrens entsprechend der Berufungsklägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'575.– zu verrechnen. Den Berufungsbeklagten ist mangels entschädigungspflichtiger Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 15. November 2022 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 4'575.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden der Berufungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung je gegen Empfangsschein
 - an die Parteien, an die Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 25,
 - an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon,
 - sowie an das Grundbuchamt D._____, 10 Tage nach Ablauf der Beschwerdefrist nach Dispositiv-Ziffer 6, sofern bei der Kammer kein Entscheid des Bundesgerichts eingegangen ist, mit dem das Bundesgericht einer allfälligen Beschwerde gegen diesen Entscheid aufschiebende Wirkung erteilt,sowie an die Obergerichtskasse.

Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.
6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 110'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic Hamming

versandt am: